



# 試論特別賄賂罪

——最高法院110年度台上大字第5217號裁定釋評

■花滿堂 前最高法院庭長

## 壹、前言

實務與學說上爭議很久的問題，有關民意代表於議場外，受託對承辦公務員或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，使該承辦人為一定之行為或不作為，達成委託人之要求，取得一定之報酬之行為，是否構成收受賄賂罪（下稱「賄賂罪」）？或成立公務員圖利罪？抑或不符現行法規規定之犯罪構成要件，依罪刑法定主義，不應處罰。在實務上或學說上均有爭議。

實務上有認此仍與民意代表之職務行為有密切關連性，而成立賄賂罪，有立基於實質影響力者（如最高法院〈下同〉104年度台上字第2255號、100年度台上字第5472號等判決），有以具公務外觀或公務性質者（如106年度台上字第283號、3122號等判決）。主圖利說者以此依公職人員利益衝突迴避法規規定，該當於圖利罪中之「明知違背法律」要件，得成立貪污治罪條例第6條第1項第5款之非主管或監督事務圖利罪

（99年度台上字第3452號判決）。

至學說上亦有傾向承認實務上所指與職務密切關連或實質影響力主張，而認可成立賄賂罪者，如甘添貴、林東茂、陳子平、林志潔諸氏。但亦有堅持法定職權說，認無論職務密切關連或實質影響力，均屬不確定之法律概念，擅為擴張解釋，違背罪刑法定主義，如柯耀程、蕭宏宜、許恒達諸氏<sup>1</sup>。

此問題終在112年3月2日經110年度台上大字第5217號刑事大法庭作成裁定。主文以：「（第1項）民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於貪污治罪條例第5條第1項第3款公務員職務受賄罪之職務上之行為。（第2項）民意代表違反公職人員利益衝突迴避法第12條之規定，該當貪污治罪條例第6條第1項第5款圖利罪所稱之違背法

DOI：10.53106/207798362023070133007

關鍵詞：特別義務之違反、利用行為、對價行為、賄賂行為、可能的文義

<sup>1</sup> 關於學說上之詳細立論，因非本文討論重點，故在此恕不予詳列細敘。

律。」即認如符合有運用其職務或身分地位之影響力，形式上具公務活動之性質兩要件，與民意代表之職務具有密切關連，則該當於貪污治罪條例第5條第1項第3款之職務上之行為，而成立賄賂罪。惟若不具公務活動之性質，雖不成立賄賂罪，仍可因違反公職人員利益衝突迴避法第12條規定，該當於貪污治罪條例第6條第1項第5款對於非主管或監督事務圖利罪之「違背法律」，而成立圖利罪。果爾，民意代表之關說等行為，不以議場內所為質詢、法案、預算審查等法定職權為限，即與職務有密切關連之開會前拜會、議場休息協商、出具建議補助單等具公務活動性質；或至行政機關拜會、電話關切、要求承辦人員至辦公室說明、出具便箋、名片；發函或透過國會聯絡人反映意見、召開協商會要求有關人員說明等<sup>2</sup>，均因具公務活動之性質而得成立賄賂罪。惟如純為私人活動之聚餐、打球、唱歌等活動，其所為關說等行為，則非符合具公務活動性質之要件，不得成立賄賂罪；而因違反公職人員利益衝突迴避法第12條之法律，對於非主管或監督事務，明知違背法律，利用職權機會或身分圖自己不法之利益，因而獲得利益（收受委託人之報酬），可成立圖利罪。

本文對本裁定所採民意代表之職務上行為，不以法定權限為限，及於與職務有密切關連之行為，採肯認之見解。惟對其中形式上具公務活動之性質此要

件，則採否定立場。其中涉及賄賂罪之保護法益是否要以執行職務之公正性為限，是否兼及公務員廉潔性法益問題？另賄賂罪之特殊不法內涵為何，亦與職務密切關連性攸關。而此類民意代表之犯罪與一般之公務員賄賂罪在犯罪構成要件上有何差異，當涉及僅論以不違背職務賄賂罪，有否評價不足問題。又如不以形式上具公務活動之性質為要件，則似無討論是否成立圖利罪之可能，從而對原裁定主文第2項認公職人員利益衝突迴避法第12條之規定，屬圖利罪所指之「違背法律」，似無深究價值。凡此均為本文探討重心。

## 貳、賄賂罪之保護法益及特殊不法內涵

現今對於賄賂罪，通說均以執行職務公正性為其保護法益。學說實務均然。惟若從法制史的演進觀之，本罪向有羅馬法之職務不可收買之廉潔性及日耳曼法之職務不可侵犯性（即公正性）之爭。嚴格言之，後者之處罰以違背職務賄賂罪為主，對不違背職務賄賂罪並不違反執行職務之公正性，何以加以處罰，須另覓其依據。前者自得以違反廉潔性為由，處罰不違背職務賄賂罪。我國法兼及兩種賄賂罪之處罰，似難遽認本罪之保護法益僅止於執行職務之公正性。昔之學者如俞承修、陳樸生、韓忠謨、林山田、甘添貴諸氏均兼採廉潔性為賄賂罪之保護法益<sup>3</sup>。尤其現行貪污治

<sup>2</sup> 詳參本裁定理由參、本大法庭之見解一、法律爭議一部分（二）。

<sup>3</sup> 俞承修，刑法分則釋義（一），1956年5月，92頁。韓忠謨，刑法各論，1968年3月，63頁。陳樸生，刑法專題研究，政治大學法律學系法學叢書（十九），1983年9月，433頁。林山

罪條例（前身為勘亂時期貪污治罪條例）第4條第1項第5款及第5條第1項第3款對於違背職務賄賂罪及不違背職務賄賂罪之處罰，為無期徒刑或10年以上有期徒刑得併科罰金及7年以上有期徒刑得併科罰金，處罰之重獨步民主國家。與德國刑法第332條第1項之6月以上5年以下有期徒刑、第331條第1項之3年以下有期徒刑，及日本刑法第197之條3之1年以上有期徒刑、第197條第1項前段之5年以下有期徒刑相較，實無從比擬。此觀貪污治罪條例第1條已開宗明義稱立法之目的在嚴懲貪污、澄清吏治，而民國50年間制定之初立法說明亦以：政治風紀，江河日下，公務員間有品德惡劣，生活腐化，實繁有徒等詞，顯然立法者有以公務員廉潔性為保護法益，不言可喻。加以我國固有國情，人民法律感情，似亦係如此。故本罪之保護法益，除公務員執行職務之公正性或人民之信賴外，自應兼及公務員之廉潔性。

因身分或其他特定關係而成立之犯罪，為刑法第31條第1項之真正身分犯（構成身分），公務員犯罪為其典型，賄賂罪又為最具代表性者。蓋本罪之保護法益無論是執行職務之公正性或廉潔性，均祇有公務員始可加以侵害，法秩序亦僅對其加以命令始能達成該法益之保護目的（法益侵害地位說），也因其為規範之收件人，法秩序高度要求公務

員有忠誠、服從之特別義務，其違反特別義務，始侵害公正性及廉潔性之保護法益（特別義務違反說）。通說以特別義務之違反構成賄賂之核心不法內涵<sup>4</sup>。此與規範一般人之背信罪比較，更可明瞭。因賄賂罪與背信罪屬「違反信賴關係」，前者其背叛者為國家，後者為一般之委任人，前者為特別義務之違反，後者為一般義務之違反<sup>5</sup>。

民意代表除具有上述一般公務員應遵守之特別義務外，其受選民之付託，對人民而言更負有特別義務，此特別義務要求民意代表應盡服務、代議之責任。且國家亦賦予特別之權力，如監督、質詢、審查預算、法案等，自應負更重之忠誠義務。基於權義對等原則，所指特別義務較一般公務員為寬為廣，自非侷限於公務員本身狹義之職權範圍。就賄賂罪之保護法益觀察，要求其等執行職務之公正性及廉潔性，尤其廉潔性因其權力大、影響深，具表率性，更應高於一般公務員，如此方符合人民之法律感情。

### 參、普通賄賂罪與特別賄賂罪

普通賄賂罪其實存在兩個對向行為，其一行賄者一方行求，期約或交付賄賂與承辦公務員；承辦公務員則要求、期約或收受其賄賂，吾人稱之為賄賂行為。另一則是承辦公務員因而為其

田，刑法各罪論下冊，修訂五版，2005年9月，72頁。甘添貴，刑法各論下冊，四版，2015年5月，376-378頁。

<sup>4</sup> 甘添貴，刑法上公務員概念之界定與詮釋，收錄於：最高法院學術研究會叢書（十二）刑法修正後之適用問題，2006年8月，252-255頁。鄭善印，刑法第31條第1項之適用及其範圍，收錄於：臺灣刑事法學會編著，共犯與身分，2001年9月，166、167頁。

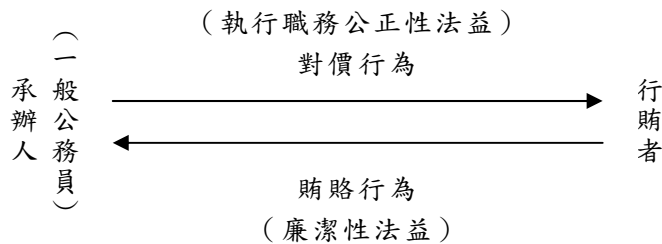
<sup>5</sup> 鄭善印，同前註，167頁。

職務之行為，可能為職務上行為或違背職務之行為，而達成行賄者之所求，稱之對價行為（因此所為須與賄賂行為形成對價關係，本罪始為相當）。第對價行為其保護法益為公務員執行職務之公正性；而賄賂行為其保護法益厥為公務員之廉潔性，共築本罪之保護法益，如下【圖一】所示。

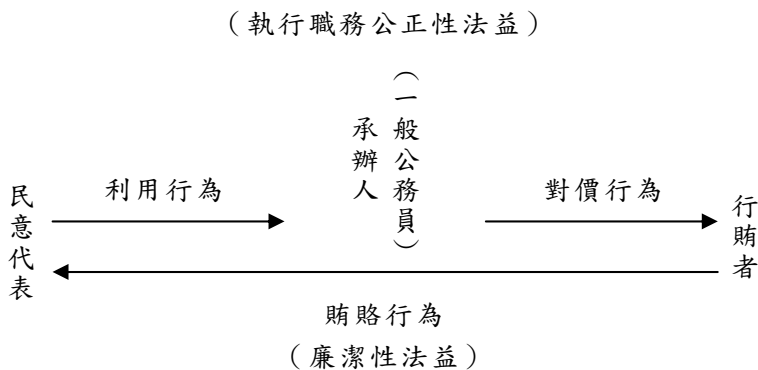
在民意代表之系爭問題，吾人稱之

為特別賄賂罪，則形成三方行為。即民意代表對承辦公務員為關說、請託、施壓等利用行為，而使承辦公務員對行賄者為職務上或違背職務之對價行為而達成行賄者之所求，行賄者同樣為賄賂行為，祇是交付對象為民意代表不同而已，後行為與普通賄賂罪相同，前行為則增加民意代表之指示行為，形成三方關係，如下【圖二】所示。

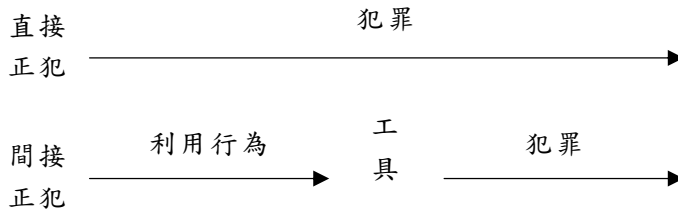
【圖一】普通賄賂罪之構成



【圖二】特別賄賂罪之構成



【圖三】直接正犯與間接正犯



承辦人雖有為對價行為，惟其並未受賄，且對賄賂行為不知情，類似上【圖三】之有身分無故意之工具（否則如知情雖未實際收受賄賂，仍成立本罪之共同正犯），而民意代表就該對價行為係為利用行為，使為工具之承辦人實施對價行為，自屬對價行為之間接正犯，而其就賄賂行為部分則屬直接正犯，故此類特別賄賂罪，自屬於間接正犯（對價行為）與直接正犯（賄賂行為）之混合類型犯罪。果如是，則對於特別賄賂罪之討論，不完全集中於關說、請託、施壓等行為是否屬於民意代表之職務範圍，應當兼及其所利用之對價行為是否有違背職務情事，而異其評價（違背職務賄賂罪與不違背職務賄賂罪之不同）。

普通賄賂罪其要件皆為對於「職務」上之行為；違背「職務」之行為，要求、期約或收受賄賂。是公務員之職務範圍如何？攸關其有無特別義務之違反，及侵害執行職務公正性之法益，為本罪討論之重心。因公務員之職務難以法令概全，通說均不以法定職權為限，學說上類似隨其地位可得處理之一切事務；從屬任務或與職務行為有密切關係

之行為；不以由法令直接規定為必要，從屬或輔助職務亦屬之；縱係準備或支援工作等具次要性者，亦可認為係職務行為各等詞。而以主張與職務行為有密切關連者亦包括在內為多數說<sup>6</sup>。實務上以58年台上字第884號判例為代表，「刑法上之賄賂罪所謂職務上之行為，所指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為，所謂違背職務之行為，係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言。」所指得為之行為，自無法一一列舉，而係概括規定，但也不應漫無限制，故實務上遂發展出「與其職務有密切關連者」、「運用其職務上之實質影響力」等概念補充之。爾後之判決不勝枚舉，本號裁定似亦從之。

本號裁定認：民意代表之關說、請託或施壓等行為（即本文所認定之利用行為），雖非其法定之職權，但如仍運用其職務或身分地位之影響力，又具備公務活動之性質，即是與其職務有密切關連，仍屬本罪之職務認定範圍，而構成賄賂罪。所採與普通賄賂罪之一般公務員相同之認定，惟為免株連過廣，加上具公務活動之性質為要件，與一般公務員有所區別（普通賄賂罪之公務員並

<sup>6</sup> 同註1。國內學說大多引用日本學說或實務上之多數說。

無此要件)。準此，似認定民意代表如在純私人場合，如KTV歌唱、餐廳宴飲、球場打球或洗三溫暖等處為利用行為，則非此之職務上行為，不構成本罪而可能有原裁定主文第2項所指圖利罪之構成。

對此，本文不贊同以具公務活動之性質為要件，此在一般公務員本就如此，何以民意代表例外，似乏充分理由，且如上所述，吾人認此利用行為非單獨構成特別賄賂罪之要件，而係結合後段之一般公務員所為對價行為方為成立，亦即就對價行為言，不知情之一般公務員，係民意代表之工具，民意代表就此屬間接正犯，利用行為為前行為，兩者合一而為評價，自不必以具公務活動形式為要件。且揆諸實際，在非公務場所為關說、請託、施壓所在多見，僅因私人場合所為而至多成立圖利罪，未免評價不足，且有違相同事務，同一處理之平等原則。抑有進者，如該一般公務員所為之對價行為，係違背職務之行為，則該一般公務員可能成立主管或監督事務圖利罪（其本身並未受賄，亦不知情，無得利可言，係行賄之第三人因而得利），民意代表依本裁定之旨，似亦祇成立職務上受賄罪，此僅就利用行為評價之缺憾。如依本文見解，該對價行為既屬違背職務之行為，民意代表屬間接正犯，應成立違背職務受賄罪，始能充分評價（至競合所犯其他罪名，如刑法第213、132條、違反政府採購法等罪，則與一般公務員成立共同正犯），

亦符合國民法感。否則僅因民意代表所為利用行為非具公務活動性質，而祇成立非主管、監督事務圖利罪，顯然輕重失衡。

如前所述，普通賄賂罪所指職務，包括與其職務有密切關連者，此亦屬其特別義務之違反，且侵害執行職務之公正性。在民意代表有審查法案、預算、質詢、監督行政機關之職權，對國家同負忠誠義務，固不待言。其另有對選民方面，為代議政治，代表選區選民所為，其中最主要厥為選民服務，除我國傳統之參與婚喪喜慶等活動，屬私領域範圍外，而就代表選民與行政機關等為溝通、反映民意，亦屬與選民之間之受委任行為，應竭盡善良管理人之義務，亦為其特別義務之所在，不應收受賄賂等牟利行為，亦為其公務員廉潔性之要求，不可因而使一般公務員為職務上或違背職務之行為，更為其執行職務公正性之所在。此亦屬賄賂罪所指之職務，至少亦係與職務密切關連者，其理甚明。然就利用行為對價行為間屬間接正犯形式，並非無限上綱，其一，必須為公務員，其二因與民意代表職務具密切關連，始有特別義務之違反可言。故一般人縱利用親情、特殊人際關係，對承辦公務員為利用行為，使為其職務上之對價行為，而收受請託人之金錢等利益，因其不具公務員身分，其利用不知情之公務員犯罪，因本罪屬親手犯，一般認其不成立賄賂罪之間接正犯<sup>7</sup>。即如上例，屏東縣之鄉民代表，對其不知情

<sup>7</sup> 參照花滿堂，共犯與身分，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1985年6月授予，第7章第1節。

之任職經濟部兒子為關說等利用行為，使其為職務上之核發特別證照行為，而收取佣金，亦因雖為公務員，惟所為與其職務無密切關連，其應無特別義務之違反，不成立本罪。

又有謂果如此，民意代表將動輒得咎，便民與犯罪混淆不清等語。其實不然，民意代表受人民之託，向承辦公務員為關說、請託等利用行為，使承辦公務員為職務上之行為（當為），如無要求、期約或收受賄賂等不正利益之賄賂行為，此為便民行為、選民服務，自無成立犯罪可言。惟彼如有要求、期約或收受賄賂等不正當利益，則成立特別賄賂罪，其為利用行為及使不知情之公務員為對價行為，本身又為賄賂行為而成立本罪。又民意代表所為利用行為，如係使承辦公務員為違背職務之行為，其雖無賄賂行為，如使請託人得不法利益，則民意代表與承辦人皆成立圖利罪及競合其他罪名（如刑法第213、132條等罪）。此時如民意代表進而有賄賂行為，則其成立違背職務受賄罪，不知情之承辦人仍祇能成立圖利罪。此即民意代表為關說等行為之分際。

#### 肆、違反罪刑法定主義之釋疑

關於與職務具密切關連性一詞，被質疑者有二，一為違反法律明確性原則。惟依司法院釋字第617號解釋，對猥褻一詞有無違反法律明確性原則，即提出審查標準，認如其意義非一般人難以理解；且為受規範者可得預見；並可經由司法審查加以確認，即非不確定之法律概念，與法律明確性原則無違。民意代表對承辦公務員為關說、請託、施

壓等利用行為，經由個案事實加以評價，其意義並非一般人難以理解，且為民意代表個人所得預見，並可經由司法裁判加以確認，揆諸上開解釋所示，應無違反法律明確性原則。因為立法者為求規範之普遍適用，本即得於不違反法律明確性原則之情形下，於刑事法領域使用不確定法律概念，如前開解釋所指之猥褻、保證人地位來源、過失犯罪之判斷等。況此與職務具密切關連性，尚須符合特別義務違反之不法內涵，及侵害公務員執行職務公正性及廉潔性之保護法益等要件。此觀司法院釋字第584號解釋文，第286、324、715號解釋理由書中亦不乏密切關連之用語，雖各該解釋非指刑事法領域，仍可供參考。至最高法院近年來之判決，出現密切關連字眼者都數百件。尤以有關犯罪競合上之結合犯或牽連犯，以密切關連對構成要件加以闡示者為最，如83年度台上字第3391號、91年度台上字第6979號、96年度台上字第7335號、99年度台上字第613號等判決，此為刑事實體法使用此所謂不確定法律概念者之顯例，應不違反法律明確性原則。

其二為是否屬類推適用解釋而違反罪刑法定主義。按罪刑法定主義係防杜罪刑擅斷主義之弊端而生，深受個人主義、自由主義思潮之影響，已成現代刑法之基本原則。惟至近世以來，科技昌明，社會多元，產業發達，社會福利思潮抬頭，為了公共利益，不得不對個人自由加以限制，所謂「法與時轉則治」，罪刑法定主義之內涵，亦有所變更，由嚴趨寬。尤其在對構成要件之解釋上，不拘泥於形式之語言或文字上之

字義範圍，對立法目的之實質予以重視，漸成趨勢。當然這並不是摒棄文義解釋，而是因為時空環境不同，對文義不以傳統語言學上或文字學上之字義而為解釋，乃以「可能之文義」為解釋之界線，此係以一般人民法的感情為基礎，重視立法之目的，對文義所為解釋，為一般人民所得接受及認識。在西德認法官有權解釋個案適用之法律，在立法不足時，更有義務做出適當之決定，尤其是立法品質不佳時，無法等候良善之立法出現，司法更應自我期許，不要忘記憲法賦予法官解釋法律之職權。況司法解釋如同橡皮筋一般，應具有彈性，考量不同時空環境因素，來決定刑法適用。彼邦有名之「鹽酸案」及「馬車盜木案」，聯邦最高院以彼國刑法第223條a危險傷害罪及第250條第1項第1款加重強盜罪之「武器Waffe」，不限於文字學上之機械性作用之武器，即因昏迷、中毒、燒燬等化學性作用亦包含在武器之概念中，因此以罐裝鹽酸，向被害人潑灑搶劫仍構成使用武器之加重強盜罪。另外在使用馬車為林木竊盜運輸工具者，特別刑法上有加重之規定聯邦最高法院亦認此適用於以汽車載送之盜林行為，皆已跳脫傳統文義解釋、禁止類推之窠臼，融入立法目的的考慮，皆已跳脫傳統文義解釋之窠臼<sup>8</sup>，而

以此可能的文義為界限。蓋所謂類推解釋係就法律未規定之事項，比附援引與具相類之規定而為適用。惟擴張解釋則為罪刑法定主義所不禁止，乃屬正當之解釋方法<sup>9</sup>。擴張解釋係法律規定主義過狹，不足表示立法真意，因而擴張法文之意義，以期正確適用。此擴張解釋須在文義可能的範圍內，即須在文義「預測可能性」的射程內，若內涵相同，或為內涵所能涵蓋，並不違背立法目的，始可為擴張解釋<sup>10</sup>。擴張解釋與類推解釋之區分界限，向為學界焦點，一般以法文直接表示之內容的認識，為擴張解釋；法文間接所表示內容的認識，為類推解釋<sup>11</sup>。以構成要件言，意義明確，甚易把握，接近邊緣，則較模糊。因此雖瀕臨構成要件之邊緣，仍該當構成要件，可為擴張解釋；若超過邊緣，則逸出構成要件範圍，祇能適用類推解釋<sup>12</sup>。是如上述，邇來對構成要件之解釋上，不拘泥於形式的語言或文字上之字義範圍，對立法目的之實質予以重視，漸成趨勢，這不是摒棄文義解釋，仍是以可能的文義為界限，即在預測可能性的射程範圍內為解釋，此在我國實務上不乏先例，如24年上字第1085號、25年非字第329號、78年台上字第1488號、70年台上字第1613號、76年台上字第2972號、79年台上字第5253號諸判例，對現

<sup>8</sup> 參照最高法院90年7月3日90年度第6次刑事庭會議，討論89年度刑議字第5號縣市議會正副議長賄選案，對有關有投票權人之決議，本人所提庚說再補充意見，見最高法院決議彙編，2015年8月，1278頁。

<sup>9</sup> 參見楊仁壽，法學方法論，二版，2009年5月，286頁。

<sup>10</sup> 楊仁壽，同前註，207頁。

<sup>11</sup> 楊仁壽，同註9，286、287頁。

<sup>12</sup> 楊仁壽，同註9，287頁。



有人所在之建築物、塗抹郵票註銷符號、強盜殺人罪不得適用77年罪犯減刑條例予以減刑、夜間侵入住宅之加重竊盜罪「住宅」範圍擴及公寓之樓梯間或屋頂陽台與其他附屬設施、及攜帶凶器之加重竊盜罪「凶器」僅需客觀上具危險性為已足等，均為重視立法目的，不拘泥於形式上文義解釋之適例<sup>13</sup>。

按賄賂罪之成立，無論是屬於公務員權限範圍內之事項（24年上字第3603號判例）或其職務範圍內應為或得為（58年台上字第884號判例）均有其範圍，法令上之職權為此範圍之核心，但不以此為限，在核心外之邊緣，所指與職務有密切關連者，亦屬職務範圍，仍為法律解釋或適用上本罪構成要件之範圍。特別賄賂罪適用與其職務有密切關連為核心外之邊緣，如上所述，仍在可能文義範圍內，具預測可能性，屬職務之射程範圍內，至多僅屬擴張解釋，絕非類推解釋，自不違反罪刑法定主義。

## 伍、結論

民意代表握有審查法案、預算、質詢、監督政府之權力，不可謂不大，其又受選民之付託，反映民意，為民喉舌，故除對國家有忠誠之義務外，對一般人民亦負受任人之責任，其特別義務係雙邊的，基於權義對等原則，更須勤、慎、清，其與職務之密切關連性之要求更非一般公務員可比擬。如果以關說、請託、施壓等利用行為，使承辦公務員對行賄者為一定之對價行為，民意代表自身又為賄賂行為，則係綜合對價

行為之間接正犯與賄賂行為之直接正犯之犯罪，惡性較之普通賄賂罪尤重，此所為違反國家及選民對其執行職務之公正性之要求，及侵害廉潔性各法益，背棄特別義務，該當特別賄賂罪之構成要件，應視其所利用之對價行為，係職務上之行為或違背職務之行為而分別成立貪污治罪條例第5條第1項第3款或第4條第1項第5款之罪，如此方足充分評價其罪責，符合罪刑相當原則，及人民之法律感情，亦不違反法律明確性原則及罪刑法定原則。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫及月旦系列電子雜誌[www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)）

<sup>13</sup> 同註8，1278、1279頁。